

REPÚBLICA DE COLOMBIA – RAMA JUDICIAL



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI SALA DE DECISIÓN LABORAL

| | |
|------------|--|
| PROCESO | ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA. |
| DEMANDANTE | MÓNICA VIDARTE MARTÍNEZ |
| DEMANDADOS | ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES -. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.. COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS |
| RADICACIÓN | 76001310501720190072901 |
| TEMA | NULIDAD DE TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL. |
| PROBLEMA | LA FALTA DE INFORMACIÓN ADECUADA AL AFILIADO AL MOMENTO DEL TRASLADO DE RÉGIMEN GENERA NULIDAD DEL TRASLADO – CARGA DE LA PRUEBA -. |
| DECISIÓN | SE CONFIRMA LA SENTENCIA CONDENATORIA CONSULTADA Y APELADA. |

AUDIENCIA PÚBLICA No. 341

En Santiago de Cali, a los treinta (30) días del mes de julio de dos mil veintiuno (2021), el magistrado ponente **GERMÁN VARELA COLLAZOS**, en asocio de sus homólogos integrantes de la sala de decisión laboral, **MARY ELENA SOLARTE MELO** y **ANTONIO JOSÉ VALENCIA MANZANO**, se constituyeron en audiencia pública con el objeto de proferir la siguiente sentencia escrita, de conformidad con lo establecido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, en la que se resolverá los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de PROTECCIÓN, COLFONDOS y COLPENSIONES, así como la consulta a favor de ésta de la sentencia condenatoria No. 28 del 4 de marzo de 2021, proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Cali.

SENTENCIA No. 263

I. ANTECEDENTES

MÓNICA VIDARTE MARTÍNEZ demanda a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** – en adelante **COLPENSIONES** –, a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** – en adelante **PROTECCIÓN S.A.** – y a **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** – en adelante **COLFONDOS** –, con el fin de que se declare la nulidad de su afiliación al RAIS porque no se cumplió con el deber de información al momento del traslado; que se ordene el traslado de a **COLPENSIONES** de los aportes y rendimientos.

COLPENSIONES se opone a las pretensiones y aduce que el traslado que efectuó la demandante al RAIS es válido, y esa acción es potestad única de la parte demandante; que en todo caso, a la demandante le faltan menos 10 años para cumplir la edad pensional, por lo que el traslado que pretende no está obligada en aceptarlo.

PROTECCIÓN y **COLFONDOS** se oponen a las pretensiones; señalan que le brindaron a la demandante la asesoría que correspondía a la fecha en que se realizó el traslado; que es la demandante quien no cumplió con el deber de informarse; que por disposición legal está en cabeza de la parte actora la libertad de elegir el régimen pensional, además de contar con capacidad para obligarse.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Cali declaró la ineficacia del traslado que realizó **MÓNICA VIDARTE MARTÍNEZ** del Régimen de

Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y ordenó a PROTECCIÓN S.A., a transferir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES el saldo total de la cuenta de ahorro individual de la demandante MÓNICA VIDARTE MARTINEZ, incluyendo las cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales, si los hubiere y estuvieren constituidos, y los gastos de administración previstos en el literal q) del Art. 13 y el Art. 20 de la Ley 100 de 1993, este último rubro con cargo al patrimonio propio de PROTECCIÓN S.A. y por todo el tiempo que permaneció afiliado la demandante con esta entidad. Así mismo, se ordenará que COLFONDOS S.A., que por todo el tiempo que estuvo vinculada la demandante con esa entidad traslade los gastos de administración que se generaron por esa vinculación rubro este que será asumido con su propio presupuesto.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de **COLPENSIONES** presenta el recurso de apelación; indicó que los fondos de pensiones cumplieron con el deber de información, de conformidad a las normas vigentes; que en esa fecha no tenían la obligación de documentar la información, pues su única obligación era la suscripción del formulario de afiliación de manera libre y voluntaria, el cual cumple con los requisitos legales; que en ese contexto se le está exigiendo el cumplimiento de deberes que nacieron posteriormente, sin ser de naturaleza retroactiva.

El apoderado judicial de **COLFONDOS** y **PROTECCIÓN** indica que sus representadas cumplieron con el deber de información vigente para la época en que se realizó el traslado; solicita que absuelva a cada una de las condenas impuestas en la sentencia; agrega que la comisión de administración son lo que cobran las administradoras de fondos de

pensiones para administrar los aportes que ingresan a la cuenta de ahorro individual de los afiliados; que de cada aporte del 16% del Ingreso Base de Cotización que ha realizado la demandante al Sistema General de Pensiones, su representada descontó el 3% para cubrir los gastos de administración y para pagar el seguro previsional a la compañía de seguros, descuento que se encuentra debidamente autorizado por la ley.

Señala que su representada ha administrado las cotizaciones de la demandante de forma eficiente, diligente y cuidadosa; lo cual se evidencia en los rendimientos financieros de la demandante.

Indica que si la consecuencia de la ineficacia y/o nulidad de la afiliación es que las cosas vuelvan al estado anterior, en estricto sentido se debe entender que el contrato de afiliación nunca existió y por ende nunca se debió administrar los recursos de la cuenta de ahorro individual, los rendimientos que produjo dicha cuenta no se causaron y tampoco se debió cobrar una comisión de administración, sin embargo el artículo 1746 habla de las restituciones mutuas, intereses, frutos y del abono de mejoras, con base en esto debe entenderse que aunque se declare una ineficacia y/o nulidad de la afiliación y se haga la ficción que nunca existió contrato, no se puede desconocer que el bien administrado produjo unos frutos y unas mejoras, por eso el fruto o mejora que obtuvo el afiliado son los rendimientos de la cuenta de ahorro individual, producto de la buena gestión de la AFP y el fruto o mejora de la AFP es la comisión de administración, la cual debe conservar si efectivamente hizo rentar el patrimonio del afiliado. Que se puede hablar de unas prestaciones acaecidas que no pueden desconocerse sobre todo cuando se trata de contratos que tienen que ver con el derecho laboral y de la seguridad social, toda vez que si se aplicara en estricto sentido la teoría de la nulidad del derecho privado mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, se llegaría a la

conclusión que el afiliado debe devolver los rendimientos de su cuenta a la AFP y ésta última la comisión de administración al afiliado, toda vez que si la comisión nunca se debió haber descontado, tampoco nunca debieron haber existido rendimientos.

Una vez surtido el traslado de conformidad a lo establecido en el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, COLFONDOS y PROTECCIÓN presentaron alegatos, en los que reiteraron los argumentos expuestos en instancia.

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

La Sala debe resolver si se debe o no declarar la nulidad del traslado o ineficacia del traslado de la actora del otrora ISS – hoy **COLPENSIONES** – a **PROTECCIÓN** y **COLFONDOS**; en caso afirmativo, determinar cuáles son las consecuencias de la ineficacia; si se debe o no revocar la orden que se les dio a cada una en la sentencia.

Respecto al **deber de información**, las sociedades administradoras de fondos de pensiones desde su fundación han tenido la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses, teniendo en cuenta que la AFP es la experta y el afiliado al momento del traslado era lego en temas financieros y pensionales, ambos se encuentran en un plano desigual, que la legislación intenta equilibrar mediante la exigencia de un deber de información y probatorio a cargo de la primera, tal y como lo dispone el artículo 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993; artículo 97, numeral 1° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003.

Posteriormente, a ese deber de información se aumentó el **deber de asesoría y buen consejo** acerca de lo que más le conviene al afiliado y, por tanto, lo que podría perjudicarlo, y luego, con la Ley 1748 de 2014 artículo 3 del Decreto 2071 de 2015, Circular externa No. 016 de 2016 se incluyó a todo lo anterior el deber de la **doble asesoría**, que consiste en el derecho de los afiliados a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

No es válido afirmar que ese deber de información se suple o se reduce a la firma del formulario de afiliación, ni a las afirmaciones, leyendas de afiliación libre y voluntaria consignadas en los formatos de las AFP; pues así se podría acreditar la firma del formulario; pero no la forma singular de lo que el fondo de pensiones le dijo a la demandante y lo que se hizo en ese contexto determinado de la afiliación, para así poder inferir si fue lo que la ley y la jurisprudencia exigen en cuanto el consentimiento informado.

Respecto ese deber de información de la AFP se pueden consultar las sentencias SL 31989 de 2008, SL 31314 de 2008, SL 33083 de 2011, SL 12136 de 2014, SI19447 de 2017, SL 4964 de 2018, SL 4989 de 2018 SL 1452 de 2019, SL 1688 de 2019, SL 4360 de 2019.

COLFONDOS y PROTECCIÓN no demostraron que cumplieron con el deber, que le asiste desde su fundación de informar a la demandante de manera clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, en ese sentido deviene que el suministro de la información es un acto previo a la suscripción del formulario; de lo contrario, no puede hablarse de una voluntad realmente libre.

Así las cosas, la Sala considera que el juez acertó en su decisión de declarar la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad.

En cuanto a las consecuencias prácticas de la ineficacia del traslado, esta Sala indica que serán las de volver las cosas al estado anterior y tener por hecho que el acto de traslado jamás existió por lo cual, se deben devolver la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, los gastos de administración con cargo a su propio patrimonio, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., tal y como ordenó el juez en la sentencia.

La Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL4360 de 2019 en la rememoró las *“Implicaciones prácticas de la ineficacia del traslado”* en los siguientes términos:

“(…) en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-

2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019)”.

Si bien no se pueden desconocer las reglas para las *restituciones mutuas* contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo que es importante en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado. Tal y como lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia en las sentencias antes indicadas, y que recientemente reiteró en las Sentencias SL 3034 de 2021 y SL 3051 de 2021.

En lo que atañe a la prescripción de la acción de nulidad debe decirse que el artículo 2512 del Código Civil define la prescripción como una forma de extinguir las acciones o derechos ajenos, como consecuencia de no haberse ejercido las acciones y derechos durante cierto lapso. Esta figura jurídica, generalizada en todo el ordenamiento encuentra distintos términos en cuanto a la extinción de las acciones se refiere, según el campo del derecho en el que se encuentre.

Pues bien, en tratándose de prescripción extintiva en materia de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social no se debe recurrir a las normas comunes a fin de determinar la prescripción de las acciones, pues tanto el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo, como el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, señalan que el término de prescripción de las acciones derivadas del derecho social es de tres años contados desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

Sin embargo, en materia de derechos pensionales, la Corte Constitucional en la sentencia SU 567 de 2015 con fundamento en el artículo 48 Superior ha sostenido que el mismo es imprescriptible, no siendo así las mesadas pensionales causadas a las cuales se les aplica el término de prescripción trienal a que se aludió anteriormente.

En lo atinente a la prescripción de la acción de nulidad del traslado de régimen esta Sala encuentra que el traslado se encuentra ligado al derecho a la seguridad social, y de contera al derecho irrenunciable a la pensión de vejez, el cual, como se dejó dicho, resulta imprescriptible.

En consecuencia, avalar la posición de los demandados implicaría desconocer el carácter mismo de la seguridad social, por lo cual se deberá confirmar la sentencia apelada.

En lo referente a las COSTAS, se confirma la condena impuesta a COLFONDOS y PROTECCIÓN, pues se recuerda que el artículo 365 del Código General del Proceso, en su numeral 1°, señala que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le haya resuelto desfavorablemente el recurso de apelación, queja, casación, suplica, etc..

De conformidad a lo expuesto se confirma la sentencia consultada y apelada. COSTAS en esta instancia a cargo de COLFONDOS, PROTECCIÓN y COLPENSIONES a favor de MÓNICA VIDARTE MARTÍNEZ. Inclúyase en la liquidación de esta instancia, a cargo de cada una, la suma de un salario mínimo legal mensual vigente como agencias en derecho.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Judicial de Cali, Sala de Decisión Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, **RESUELVE:**

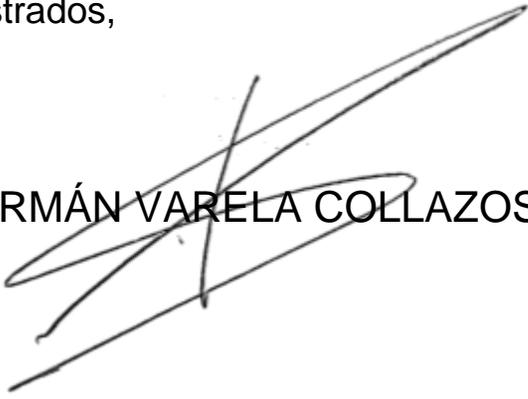
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada identificada con el No. 28 del 4 de marzo de 2021, proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Cali.

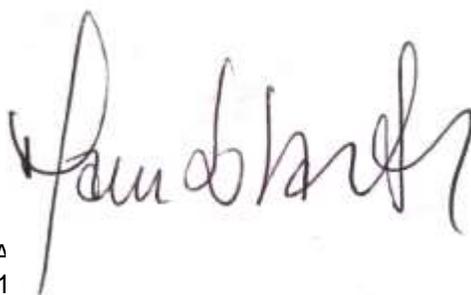
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLFONDOS, PROTECCIÓN y COLPENSIONES a favor de MÓNICA VIDARTE MARTÍNEZ. Inclúyase en la liquidación de esta instancia, a cargo de cada una, la suma de un salario mínimo legal mensual vigente como agencias en derecho.

Esta providencia queda notificada y los términos empezarán a correr a partir del día siguiente de su publicación en el portal web <https://www.ramajudicial.gov.co/web/despacho-002-de-la-sala-laboral-del-tribunal-superior-de-cali/sentencias>.

No siendo otro el objeto de la presente diligencia, así se termina.

Intervinieron los Magistrados,


GERMÁN VARELA COLLAZOS



MARY ELENA SOLARTE MELO


ANTONIO JOSÉ VALENCIA MANZANO

Firmado Por:

**German Varela Collazos
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 002 Laboral
Tribunal Superior De Cali**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

**f22d28ab5b94abc7b89d7bc0a5edaac578028d8162a9d4a3961e58923c
c60f97**

Documento generado en 31/07/2021 04:27:08 AM

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**